INITIVM A DOMINO.



POR
D. GONZALO
DE PORCVNA HIDALGO,
VEZINO DE LA CIVDAD DE BVXALANZE.

CONTRA

DON BENITO DE ROBLES Y ALMAGRO, Don Pedro Fernandez de Argote. D. Diego Fernandez de Argote. Iuan de Alcoba. D. Luis Notario y Castro, vezinos todos de la misma Ciudad.

SOBRE

LA COLLACION DE LA CAPELLANIA, QVE mandò erigir, y fundar, Don Gabriel Oblanca de la Cuerda, Alcalde de hijos dalgo que fue en la Real Chancilleria de Granada, que se ha de seruir en la Capilla de San Ioseph, construcla en la Iglesia del Conuento de Monjas de S. Clara, en la dicha Ciudad de Bujalanze.



A VNQVE los opositores a esta Capellania, son los referidos, el peso del pleyto vnicamẽte carga en Don Gonçalo de Porcuna, y Don Luis Notario, este estraño del fundador, sin que le pertenezca en grado alguno de consanguinidad: el otro deudo suyo, en grado conocido, como viznieto de Gonçalo de Porcuna su primo hermano. Y aunque por esta parte, viene a tener manifiesta prelacion; sin embargo Don Luis se vale, por seguro refugio de dos motiuos: el primero la presentacion del Patrono, el segundo vna clausula de la fundacion, que dize estas palabras.

Quiero y es mi voluntad, que despues de los dias de los dichos Martin de Flores, y Pedro Alonso Hidalgo, ò de qualquiera de ellos, el Patron, que fuere de las dichas Capellanias, pueda nombrar, y nombre Capellanes en ellas, que sean de mi linaje, o no; con que los tales nombrados sean virtuosos, &c.

Y de aqui deduze vna conclusion, que los estraños tienen llamamiento, y el Patrono derecho de libre eleccion, para presentarlos en concurso de consanguineos. Y para que se conozca, que en el discurso, que ha formado, no procede, ni segun la mẽte del testador, ni segun la disposicion de derecho, darà este papel los sentidos verdaderos a nuestra Clausula, con quedarà fundada la intencion de Don Gonçalo, excluida la pretension de Don Luis, y perentoriamente refutado todo lo q̃ en su fauor puede considerarse.

PRIMERO SENTIDO LITERAL.

N.1. NVESTRO Fundador fundo con efecto dos Capellanias, señalò bienes para sus dotes, y llamò por sus Capellanes a Martin de Flores Villafranca, y Pedro Alonso Hidalgo; y mandò erigir y fundar otra, despues de los dias de Ana de IESVS su hija, Religiosa professa: y para esta Capellania, no diò llamamiento particular de Capellan. Hecha esta disposicion, dixo las palabras siguientes. *Quiero, y es mi voluntad, que despues de los dias de los dichos Martin de Flores, y Pedro Alonso Hidalgo, o de qualquier de ellos, el Patron, que fuere de las dichas Capellanias, pueda nombrar, y nombre Capellanes en ellas, que sean de mi linaje, o no, &c.*

Y en otra Clausula, dize assi. *Nombro despues de mis dias por Patrono destas dichas dos Capellanias, y de la que se ha de fundar delos bienes*

bienes que dexo en vsufructo a Ana de IESVS, *mi hija, al señor Lic. Iuan de Oblanca, mi primo, &c.*

Notese si puede auer palabras mas claras, ni que con mayor expression prueben, que la facultad del Patron, para nombrar Capellanes del linaje del fundador, ò no, solo se concediò en las vacantes de Martin de Flores, y Pedro Alonso Hidalgo, Capellanes nombrados por el mismo testador, para las dos Capellanias que efectiuamente dexò instituidas, y dotadas Mas en la vltima, y tercera Capellania, que mandò erigir, y fundar despues de los dias de su hija (que es la litigiosa) no ay vna sola palabra, que explicita, ò conjeturadamente signifique auerse atribuydo derecho al Patrono, para que en ella presentase Capellã, con aquella qualidad que fuesse del linaje del testador, ò no. Y este caso quedo omisso, sinque en las clausulas antecedentes, ni subsequentes, se halle palabra que lo manifieste, ò lo insinue. Y auiendo dexado el testador esta contingencia indecisa, quedò en la disposicion del derecho comun *ex reg. tx. in l. conmodissime. ff. de liberis & posthumis.* La qual con infinitos derechos, y Autoridades, exorna Don Iuan del Castillo, *lib. 4. controuersiarum c. 15. per totum.* Es assi que el derecho comun, para la obtencion de las Capellanias, en concurso de parientes, y estraños, siempre da la prelacion al pariente, como no aya voluntad expressa del fundador, que precissamente le excluya (prout necessario requiritur Antonius Gama *decis. 294. num. 1.*) luego legitima consequencia es, que para nuestra capellania tienen los consanguineos llamamiento prelatiuo por derecho comun, pues nuestro fundador omitio lo contrario.

N. 2. Pruebase con el *cap. hortamur. 71. distinct.* y otros derechos q̃ aducen Nicolas Garcia *de benefi. 2. tom. 7. part. cap. 15. num. 3.* Lara *de Capellanijs lib. 2. cap. 3. num. 31.* Valençuela Velazquez, *cons. 103 a num. 2. tom. 2.* Carpio *de executorib. & commissarijs testamentarijs lib. 3 cap. 6. num. 7.*

N. 3. Y porque no se diga, que estos derechos proceden, y se deben entender, quando los parientes tienen llamamiento en la fundacion, se deue aduertir, que aunque no esten llamados milita la misma prelacion, de que son doctrinas indiuiduales las sigientes. Ceuallos, *in appendice ad aliquas quæstiones lib. 1. & 2. conmunium in additione ad quæstionem 678. num. 5. pag. mihi 361. post Tomum 3.* ibi: *Adberte quod si vnus ex opositoribus sit consanguineus, alter extraneus, licet consanguinei non sint in fundatione vocati, preferuntur.*

Iuan Parladorio in sexqui centuria *diferent. 120. num. 17.* ibi: *Secundum*

Secundum hæc igitur dicendum est, si consanguineus defuncti, fuerit Clericus in minoribus constitutus, itant intra annum ad Sacerditium promoueri valeat, præferendum esse Sacerdoti degeneri, idest, qui non sit consanguineus illius, qui ius patronatus instituit: et si is Sacerdos degener præsentatus fuerit à Patrono, seu hærede defuncti, que son palabras singulares. Lo mismo resuelue doctamente, quamuis in posito sermone Gomez Bayo *in praxi Ecclesiast. 2. part quæst. 5.* vbi tradit, que el Patrono deue presentar al pariente, aunque no este llamado, y que este deue ser preferido, y que assi lo tuuo en practica, y venciò.

El Doctor Carpio *dicta quæst. 6. per tot*: vbi bene differit. El P. Thom. Sanch. *in Consilijs moralib. lib. 2. cap. 1. dub. 11. nu. 2.* y son muy buenos lugares los del Cardenal Lugo, *de iust. & iure tom. 2. disput. 35. sect. 4. n. 37 vers. Et communior*, vbi dicit, teneri patronum sæcularem eligere digniorem de familia fundotoris. Y de Samuel *de Canonica electione tract. 1. controu. 6. num. 11. pagina mihi* 183 vbi tradit, quod præsentatio facta ad ius patronatus de persona extranea est nulla.

N. 4. Cæterum es admirable resolucion la de Don Iuan del Castillo *tom. 5. cap. 87. a num. 34.* y en el *tom. 6. cap. 142. num. 22.* vbi docet, que el que tiene derecho de elegir successor a vn Mayorazgo, no puede nombrar estraño, auiendo parientes, aunque se le aya atribuydo la eleccion, in amplissima forma, & per verba quantumcumque generalia, liberam, & absolutam potestatem significantia: siguele con muchas razones y authoridades D. Pedro Diaz Noguerol *allegat. 9. desde el n 64. hasta el 92 inclusiue*, los adicionadores a Molina *de primog. lib. 2. c. 5. n. 4. & 5. vers. nec persona extraneæ*. Y porq̃ no se diga, q̃ esta inspeccion sirue a Mayorazgos, en que puede auer otras consideraciones, se deue notar, que las dudas, que ocurren en las Capellanias, se deciden por las leyes, y derechos, que hablan de mayorazgos; como con Geronimo Gonçalez, y otros Doctores, obseruò Stephano Graciano *1. tom. discept. forens cap. 77. num. 12.* demas que la misma question, que pusieron Don Iuan del Castillo, y Noguerol, *in locis citatis*, para Mayorazgos: essa misma puso, y disputò para Capellanias, Aniuersarios, y Patronatos el Doctor Carpio *lib. 4. dicta cap. 6.* y resoluiò lo mismo.

N. 5. Todo lo fundado consiste en la presumpta y tacita voluntad del testador, pues eo ipso, q̃ haze vna fundacion perpetua, y no excluye parientes, es visto admitirlos, y llamarlos, *ex regula legis cum auus, ff. de condit. & demonstrat. l. cum acutissimi, Col. de fidei commiss. legis conficiuntur §. 1. ff. de iure codicillor*, con otros infinitos derechos, q̃ junta D. Iuan del Castillo *tom. 6 cap. 158. per totũ.*

N.6. Pues si en caso de no tener los consanguineos vocacion expressa del testador son preferidos a los estraños, porque les assisten su presumpta voluntad, y la disposicion del derecho multo fortius, y con mayor eficacia prælatione gaudebunt, quando estan literalmente llamados, como en nuestro hypothesi, vt præter DD. aductos N. 2. docent Layman *tom. 2. lib. 4. tract. 2. cap. 14. num. 7. pag. 65.* Reginald. *tom. 2. lib. 30. tract. 3. sect. 3. de persona præsentanda. num. 221. pag. 252.* Azor. 2. *tom. institut. moral. lib. 6. cap. 21. quæst. 5. per totam*; mayormente con aquella palabra, *de mi linaje*, que es cibil, y incluye en si mas virtud, y energia que la palabra natural de pariente, consanguineo, y deudo; como con innumerables autoridades, lo enseñan Loterio, *de re beneficiaria lib. 2. quæst. 11. num. 141.* Barbossa. *bot. 98. a num. 43. tom. 2.* Noguerol. *allegat. 37. num. 55.* Castillo, *tom. 5. cap. 93. §. 21. per totum.* De que se infiere per argumentum a maioritate rationis, que Don Gonçalo, deue ser indubitablemente preferido, aun quando no estuuieran llamados parientes, sin obstancia de aquellas palabras, *de mi linaje, ò no*, porque la vltima, *ò no*, apella sobre qualquiera de las dos vacantes de Martin de Flores, y Pedro Alonso Hidalgo, aquien el testador dio determinada prouidencia; mas no sobre la prouissión desta tercera Capellania sobre que litigamos; en la qual no ay palabra del testador, que de forma para llamamiento de Capellan. Et consequenter quedò este particular omiso sujeto a la disposicion del derecho comun, que siempre prefiere a los consanguineos, menospreciando a los estraños; conque el sentido literal que tenemos asignado corre extra omnem dubitationis aleam.

SENTIDO SEGUNDO.

N.7. QVANDO v. md. no adapte su dictamen a la inteligencia literal referida, sucede la segunda legal, y es; que aquellas palabras *El patron que fuere de las dichas Capellanias, pueda nombrar, y nombre Capellanes en ellas, q̃ sean de mi linaje, ò no*, de ninguna manera inducen ni atribuyen al Patrono eleccion entre parientes, ò estraños del testador, sino orden de eleccion; y quieren dezir, auiendo parientes, nombre pariente, y no los auiendo, presente estraño. Este sentido se prueua por varios derechos, particularmente por vn texto capital expresso in *l. cum pater 77. §. a te peto marite ff. de legat. 2.* cuias palabras son estas, *A te peto marite, si quos liberos habueris, illis prædia relinquas, vel si non habueris, tuis sibe meis propinquis, aut etiã nostris libertis* non

non esse datam electionem, sed ordine scripturæ factam substitutionem respondi: esta ley decide nuestro caso, y por ella vniuersalmente resueluen los Doctores en todo genero de disposiciones: que quando los llamamientos se conciben por alternatiua, o disiunctiua, como en nuestra Capellania, se ha de obseruar el orden de la letra, y el primero llamado ha de ser preferido, *vt* tradunt Cephalus *cons.* 473 *tom.* 4. Vincent. Fussarius *de substitut. quæst.* 378. *à n.* 26. *& quæst.* 478. *num. final* y es regular dar la prelació segun el orden de la letra, *l. generaliter* 24. *§. quid ergo* 17. *ff. de fidei commiss. libertat. l. Publius §.* 1. *ff. de conditionib. & demonstrat.* exornant Molina *de primog. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 36. *&* 37. & ibi addentes Mieres *de maiorat.* 2. *p. in præfat. à n.* 300. Fussarius *quæst.* 468. *num.* 15. Mandelus de Alua *cons* 553 *per totum.*

N.8. Y porque no se entienda que este texto expresso, *in dicto §. a te peto marite*, sirue solamente à fidei commissos mayorazgos, y otras disposiciones profanas; los Doctores comunmente le ponderan para Capellanias; quando los llamamiẽtos estan hechos por disiuntiua, como en nuestra contingencia: Nicolas Garcia, 2. *tom.* 7. *part. dicto cap.* 15. *num.* 21. *vers. verius enim est, & versicu. loquando vero vocaret disiunctiue*, Lara *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 47. Azebedo, *cons.* 3. *num.* 23. Gironda *de preuilegiorum explicatione, quæst.* 218. *num.* 1176. Don Iuan del Castillo *lib.* 2 *controuers. cap.* 26 *nu.* 50. Valençuela Velazquez *cons.* 63 *a n.* 105. *&* 167. *lib.* 1. Geronimo Ceballos aquien referire adelante *num.* 11. porque es lugar selecto, y el solo basta para la determinacion desta causa.

N.9. Vlterius. comprueuase este intento, con vna celebre resolucion del mismo Don Iuan del Castillo *dicto cap.* 26. *per totum*, vbi, pone vn caso, en que el testador, no teniendo hijos, dexò a su padre por heredero, y le cometiò, que hiziesse vinculo de ciertos bienes, en vno de los demas sus hijos, o hijas, que del quedassen, qual mas quisiesse. Parece, que el padre llamò a vna hija, dexando al hijo varon; entre los quales huuo controuersia sobre quien de ellos auia de suceder; porque la hija, ponderaua el llamamiento disiunctiuo de hijo, o hija, cõ aquellas palabras, qual mas quisiesse, que denotauan libre eleccion: el hijo se fundaua en la misma disiunctiua, diziendo, que estaua llamado en primer lugar, y que la sustitucion de la hija era subsidiaria, y en defecto de no auer varon, con que cessaua la eleccion, y solo se auia de estar al orden de la letra. Don Iuan del Castillo con la erudicion, y elegancia, que acostumbra, defiende la parte del varõ tomando por fundamento solido, el del dicho parapho, *A te peto marite*, y concluye auerse executoriado en su fauor; y pone

toda

toda la materia de los llamamientos alternatiuos y disiuntiuos, con tal primor, que no dexa nada al desseo.

N.10. Rursus, es singular doctrina la de Iacobo Cancerio *lib. 3. variar. cap. 7. de pactis à num. 363.* vbi, figura vn caso de capitulaciones matrimoniales, y otra qualquier disposicion, en que se ordenò, sucediesse en ciertos bienes, el hijo, o hija, q̃ primero naciesse: acaeciò que la hija naciò primero, y despues varon: excitosse entre ellos discordia sobre el derecho de suceder: y resoluiò Cancerio por el varon, en cuyo fauor se juzgò: pues aunque las palabras fueron disiuntiuas, y sonauan en fauor del primero, q̃ naciesse varon, o hẽbra, se interpretaron prudentemente en sentido legal, desta manera: entre los varones, el primero que naciesse, y entre las hembras la primera que saliesse a luz. Esta tradicion es tan conforme a derecho, que por ella se ha juzgado en diuersos Tribunales, como enseñan Flores de Mena, *in additionibus ad Gammam decis. 51. & decis. 437.* el Presidente Menochio *consil. 1127. num. 15. lib. 12.* Gabriel Pereyra *decis. 122. per totam.* Y respeto, de que en concurso de consanguineos, y estraños, el pariente tiene prelacion, ex iuris dispositione, & ex præsumpta testantis voluntate, claramente se sigue, que dezir nuestro fundador: el Patrono nombre Capellanes de mi linaje, o no, fue dezir, auiendo parientes mios nombre pariente, y en su defecto presente estraño, como las doctrinas referidas, manifiestamente prueuan; & in suo casu rectè prænotauit Ceballos *in 4. quæst. 905. num. 36. in fine.* ibi. *Illa enim qualitas naturalis, intelligitur inter naturales, & extraneos, deficientibus consanguineis, secus vero in eorum concursu.*

SENTIDO TERCERO.

N.11. ESTE consiste, en que las palabras de nuestra clausula; *Que sean de mi linaje, o no,* ellas por si solas no bastan para admitir al estraño, quãdo ay pariente; y para este efecto auia de dezir el testador, *el Patron nombre Capellanes que sean de mi linaje, ò no, qual mas quisiere.* No pronunciò estas vltimas, luego las primeras no son suficientes, es induidual, y aurea decission la de Geronimo Caballos, *1. tom. communium quæst. 265.* que prometi citar en el *num.* 8. pone pues en el *num.* 1. el caso de vn testador, que concedio a su Patrono, facultad de presentar el Capellan que quisiesse, y duda si en tal contingencia podra variar toties quoties, non solum acomulatiue, sed etiam priuatiue, y resuelue que no. Y en el *num.* 3. dize estas palabras. *Illaque verba*

(*scilicet*

(scilicet eligat, quem voluerit) solum insinuant, vt Patronus habeat liberam facultatem eligendi Capellanum ad libitum, & quod non sit adstrictus eligere consanguineum testatoris, prout in dubio præsumitur testatorem id voluisse, vt in l. cum auus ff. de conditionib. & demonstration. l. cum acutissimi Cod. de fideicommissis. l. cum pater §. a te peto marite, ff. de legat. 2. ibi: *Non esse datam electionem, sed ordine scripturæ, factam substitutionem respondi. Qui textus loquitur, quando non est commissa electio, sed tantum simpliciter fuit dictum, vt eligeretur ad fidei commissum consanguineus,* ibi: *Tuis, siue meis non procedendo vlterius (quem voluerit) quia tunc, non tenetur quis eligere secundum ordinem scripturæ. &c.*

N 12. Y en el num 9. de la dicha question 265, pone otro casso, de vn testador, que diò facultad a su Patrono, para q̃ pudiesse presentar por Capellan al pariente del instituidor, ò del mismo Patrono, el que quisiesse; presentò el Patrono a vn deudo suyo, entre el qual, y el del testador se excito controuersia, sobre qual auia de ser preferido, porque el propinquo del fundador allegaua, que en el llamamiento disiuntiuo de parientes, ò estraños, estaua llamado en primer lugar, segun el orden de la letra, y cóncluye en el dicho num. 9 y en el 10. que se determinò en el Consejo del señor Arçobispo de Toledo, ex concordi iudicum voto, en fauor del estraño del testador, y pariẽte del Patrono, en fuerça de las palabras, *presente a el que quisiere,* porque sin ellas de ninguna manera tuuiera justicia, y consiguiera la Capellania el propinquo del fundador. ibi: *Et ex supradictis fundamentis in causa prædicta (nemine ex inditibus reluctante) pro consanguineo Patroni iudicatum fuit licet pars aduersa pro certo haberet, & eius aduocatus sententiam in fauorem reportaturum esse, ex regula in dicto §. a te peto marite, qui expressus erat pro sua parte, nisi in fundatione fuisset apposita illa verba quem voluerit, &c.* Y como quiera que en nuestra fundacion faltaron las palabras, *presente Capellanes de mi linajo, ò no, qual mas quisiere,* necessario consequitur que las que dizẽ *nombre Capellanes de mi linaje, ò no,* inducen orden de eligir segũ la letra, y no libre ni absoluta eleccion, entre parientes, y estraños. Lo mismo resuelue el propio Doctor *in 4. quæst. 905. num. 43.* ibi: *Quia illud intelligitur quando datur absolute facultas in liberum arbitrium, & Patroni voluntatem collata, traddit* Peregrinus *de fideicomm. artic. 22. num. 86. & ego resolui lib. 1. commun. contra commun. quæst. 265. num. 6. & 7.* Y passa adelante diziendo, que porque en su caso faltaron, las dichas palabras, y la eleccion se concediò simpliciter, no pudò ser absoluta, sino regulada, & secundũ ius. Estas dos resolutiones deste prestantissimo Doctor,

falcem ad radicem nostræ quæstionis. Siguele expresamente D. Juan del Castillo *dicto cap. 26. num. 50.* vbi dicit, que la tradicion de Ceballos, procede en Capellanias, mas que en los Mayorazgos; la clausula *qual quisiere*, no induce libre elecciõ, sino regulada. Lo mismo tienen hablando de llamamiento disiunctiuo de parientes, o estraños, D. Pedro Noguerol *d. allegat. 9. num. 75.* y Fontanela *de pactis nuptialibus tom. 1. claus. 4 glos. 25. n. 20 vsque ad 28. inclusiue.* Con que queda cerrada la entrada a la pretension de Don Luis Notario, *lapidibus quadris.*

SENTIDO QVARTO.

N. 13. ES consejo de Iuan Andres, y otros Autores, que refiere, y sigue Burgos de Paz *in proemio legum tauri num. 285.* que los Abogados defiendan la Iusticia de sus partes con varias razones, y preparen diferentes manjares para el apetito de los Iuezes. Y assi siguiendole, propongo el quarto y vltimo sentido, que sera possible consuene a los oidos, por la Iurisprudencia que comprehende. Digo pues, que aquellas palabras, *el Patron que fuere de las dichas Capellanias, pueda nombrar, y nombre Capellanes en ellas que sean de mi linaje, ò no.* Hablan literalmente con el Patrono, y su virtud y substancia se entiende con el; mas de ningun modo hablan con los señores Prelados, ni se dirigen a ellos: y assi el sentido es, que aunque el Patrono (*sine veri tamen præiuditio*) pueda en virtud de aquella disiunctiua, *de mi linaje, ò no,* en concurso de estraños, y parientes, presentar el estraño, atamen, el señor Prelado tiene obligacion de Iusticia, y consciẽcia de preferir al consanguineo del fundador, y debe hazerle colacion de la Capellania. ita mirabiliter docet Rochus de Curte. *de jure patronatus, vers. honorificum quæst. 18. per totam,* vbi doctissime loquitur, y trae vna glosa celebre *in cap. neminẽ 70. distinct. vers. siue possessionis.* Idẽ tenet Lambertinus in eodem tractatu *lib. 2 part. 3 quæst. 5. principali per totam pag. mihi. 944. & num.* 11 dicit quod ita vidit millies obseruari cum esset judex, aduocatus, & Consultor Gregor. Lopez, *in lib. 6. tit. 15. part. 1. glos. 4.* Par. Sanchez, *in consilijs moralibus tit. 2. cap. 1. dubio 11. num. 4.* ibi: *Sit tamen 2. conclusio, patroni non tenentur quando id non cautũ est à fundatore præsentare aliquem de eius familia, sed posse præssentare quos velint idoneos, sed si concurrunt duo præsentati æquales numero patronorum, & idoneitate, & vnus esset de genere fundatoris, licet teneat presentatio vtriusque. At Episcopus tenetur preferre eum qui est de genere fundatoris, & hoc quotiens cunque accidat.*

Ioann·

Ioán.Gutierr.*conſ.2.n.11.* que cita la miſma gloſa, y otros DD.

Es famoſo lugar el de Iuan Baptiſta Ferreto, *conſ.131.num.4. lib 1.*ibi: *Item deciſio Baldi non facit ad caſum noſtrum, quia loquitur data paritate terminorum prout fatetur dominus conſulens, dum nititur reſpondere vni rationi Rochi de Curte, ſed in caſu noſtro eſt diſparitas in preſentato per mulieres, qui preſentatus eſt filius vnius ex patronis, ergo iſte de ſanguine præferendus, tradunt Archidiaconus, & al y. in cap. hortamur. 71. diſtinct. & late Rochus de Curte in dicto verſo honorificum quæſt. 18. qua diſparitate ſtante non eſt locus gratificationi.* Abb. *in C. cum autum de iure patronatus, cum quo concordat Curtius in dicto tractatu verſo honorificum quæſt. 10. non eſt ergo deciſio Baldi ad aptabilis ad caſum noſtrum.*

Valençuela Velazquez, *dict. conſ. 103. num. 15.* ibi: *Etiam quando non eſſet ita clara diſpoſitio que vocaret ac preferret cõſanguineos, ſi præſentarentur duo æquè idonei, deberet preferri is qui eſſet conſanguineus inſtitutoris.* Cita a Rocho Gregorio Lopez, y la deciſion de Rota 227. *num. 2. part. 2. in deciſsionibus ſacri Palatij.* Lo miſmo enſeña *num. 17.*

Caualcano *deciſ. 11 num. 14. verſ. quinto lib. 3.* ibi: *Quinto quia R. Bucinus eſt Sacerdos, & Presbyter, & Cantor, & ſolitus exercere curam animarum, & de compatronis de domo Zachariæ, & alter colitigator eſt Clericus prima tonſuræ, & extraneus.*

Farinacio *in poſthumis tom. 2. deciſ. 291. num. 4.* ibi: *vltimo conſiderabatur quod etiã ſtante paritate vocum Ludouicus eſſet preferẽdus in inſtitutione tanquam magis qualificatus cum ipſe ſit de familia patronorum, non autem Paulus.*

Nouiſsimamente Bibiano *de jure patronatus part. 2. lib. 12. cap. 6. num. 11. & 15.* cita la gloſ. *in dict. cap. neminem,* Rocho, Lambertino, y algunas deciſsiones de Rota, y otros derechos; y dize eſtas palabras. *Item tanquam dignior præfertur, & eſt inſtituendus ille, qui eſt de linea, ſeu ſanguine fundatoris ſtante idoneitate.*

Todas las quales doctrinas al paſſo, que ſon ſelectas, eſtan muy diſperſas, y ſeria poſsible no hallarſe juntas, ſino en eſte papel: y concluyen, en que v.md. debe preferir a Don Gonçalo, como deudo del fundador en grado conocido, no obſtante la preſentacion hecha por el Patrono en Don Luis, reſpeto de ſer eſtraño.

Y aunque eſtos Doctores hablan, quando el pariente, que concurre, con el que no lo es (aunque preſentado por el Patrono) tiene tambien preſentacion de otro Patrono, o del miſmo, no por eſſo ſe ſigue, que careciendo de ella, como Don Gonçalo carece, no gozara del preuilegio de prelacion; por dos razones: la primera, porque los Doctores no ponen los terminos de la

preſentacion

presentacion del consanguineo por via de requisito necessario, ni tal se puede inferir, exprese, neque tacite, de sus palabras y mente. Dizenlo como por gracia de exemplo, q̃ no suele coartar la regla *l damni infecti stipulatio ff.de damno infecto*. Y assi figuraron aquel caso sin exclusion del nuestro ex aductis à Pedro Surdo.*cons*.308.*num*.10.

15 La segunda razon es, porque como exactissimamente queda fundado el consanguineo aunque no este llamado por el fundador, tiene llamamiento de ley, ex juris dispositione, y de hombre, ex tacito testantis judítio. Y si la fundacion le inuita tiene vocacion expresa, y en todos estos euentos anteposicion al estraño. Y assi no necesita de que el Patrono le presente; basta q̃ se oponga, y deduzga en juyzio su pretension; como expressamente tienen Geronimo Ceuallos *in addict.ad quæst*.678.*num*.5. Parladorio, y Gomez Bayo *aducti num*. 3. El mismo Ceuallos, *dict.quæst*.265, *aductus num*.11. Carpio, Biuiano, y otros que quedan citados, Nicolas Garcia 2.*tom*.7. *part.dict.cap*.15.*num*.7. solo el estraño tiene precissa necessidad de que el Patrono le presente, porque como en el no concurre ninguna asistencia del derecho, ni de la voluntad del instituidor, no ay via para introducirle, ni derecho para habilitarle si el Patrono le nombra: y si este inclinandose por sus particulares fines a presentar al estraño, sin querer echar mano de los parientes, les pudiesse irrogar perjuyzio, y causar impedimento en la obtencion de los beneficios, quedarian sin duda alguna frustradas las dispositiones legales, y las voluntades de los instituidores, que siempre son de preferir sus parientes, *l.sed si plures*, §.*in arrogato ff.de vulgari*, y estos irremediablemente pregrabados por el injusto hecho de los Patronos. *Cõtra regulam text in l.si quis in suo C. de inoficioso testamento*, de forma que segun todos quatro sentidos atribnidos a nuestra clausula, y fundados en derecho, queda en seguro puerto la pretension de Don Gonçalo.

OBIECCIONES.

16 MAS porque no ay cosa tan solida en la Iurisprudencia, que no padezca alguna contradicion, se han excitado por Don Luis algunos argumentos, para impugnar la intencion de Don Gonçalo.

La primera objeccion es, dezir que se halla con presentació del Patrono, y Don Gonçalo no, con que deue serle preferido. Respondese, q̃ esta prelació procede data paritate, & æqualitate consan-

consanguinitatis inter oppositores, ita explicat Ceballos *q.693. n.28.* a quien refiere Lara *lib. 2. cap. 3. n. 22.* Gutierrez *consf. 2. n.25 vers. 4.* respõdeo Idẽ Ceballos *d.q.265.n.25.* Y como quiera q̃ Don Luis es estraño del fundador, no le sufraga el nombramiento del Patrono, en competencia del consanguineo, quia vt sæpe sæpius dictum est, la intencion de los Fundadores es de preferir siempre a sus parientes, anteponiẽdolos a los que no lo son. Ceballos *dicta quæst. 693. num. 12. & 13. & 398. n. 1.*

La segunda objeccion es, que el que tiene derecho de eligir, no està obligado a guardar el orden de la letra, y puede exercerle, como fuere su voluntad. Respondese dupliciter; primo, que la objeccion peca en el centro, y raiz de la materia; porque en nuestro caso, por las palabras de mi linaje, o no, el Patrono, no tiene facultad de elegir entre parientes, y estraños, ni tal pretrogatiua se le concediò; solo le diò el testador orden de eligir, que deue precissamente obseruar; como queda fundado plenissimamente en el sentido segundo. N.º 17.

Respondetur secundo, que todos los derechos que de esto tratan, militan quãdo al elector se atribuye absoluta facultad de eligir, conferida en su libre voluntad, y no de otra manera. Vt eleganter explicat Molina *de primogenijs, lib. 2. cap. 5. a num. 1. cũ sequentibus.* Don Iuan del Castillo, *tom. 5. cap. 67. ex num. 3.* Ceball. *dict. quæst. 265. a num. 5* los adicionadores a Molina, vbi supra vbi multos referunt, y no auiendo tal facultad en nuestra fundacion, (como no la ay) viene a ser la objeccion viciosa, y de ningun momento. N.º 18.

La tercera objeccion, es, que si las palabras *de mi linaje, ò no,* se huuiessen de entender, de que el estraño pudiesse ser presentado, en falta de parientes, y no en otra manera, fueran superfluas y ociosas, y no tuuieran virtud de obrar; pues no auiendo consanguineos, el Patrono auia de nombrar estraños; respondese que suficientemente obran, quitando la duda en el sentido referido, para conseruar ilessa la disposicion del derecho, y mente del testador, para el tiempo presente, y futuro. Eleganter Cefalus, *consf. 104. num. 13. & 14.* Surdus *consf. 34. num. 28.* Casanate *consf. 51. a num. 4. & est textus in l. 1. §. 7. ff. de ædilitio edicto,* ibi: *Ego puto ædiles hoc idem vis dixisse, ne qua dubitatio super esset.* Y respecto de que en testamentos, contractos, y todas dispositiones, las palabras se han de entender segũ la naturaleza del acto a quien siruen, aunque para este efecto se impropien, ò inutilizen, vt luculenter explicat Castillo, *tom. 5. cap. 86. per totum;* siendo la de las Capellanias tal, que en ellas tienen prelacion los parientes, aunque no esten llamados, vt fundatũ manet, necessario N.º 19.

consequitur, que aquellas palabras *de mi linaje, ò no,* significan vn orden sucessiuo, de que auiendo consanguineo sea preferido y en su defecto se admita el estraño.

La quarta objeccion es, que la forma que se dio para la presentacion de Capellanes, en la vacante de las dos primeras Capellanias de que fuessen del linaje del fundador, ò no, essa misma se ha de entender dada para esta Capellania tercera, que aora se ha de erigir por estar todo en vna disposicion, y comprehenderse en vna escriptura; respondese, que este argumento esta omnino vencido con la demostracion euidente en contrario, de qua supra numero.

Y dezir que es toda vna disposicion; no releba, porque en ella ay diferentes fundaciones, y clausulas, y cada vna se ha de entender, segun la materia, en que se interpone. Y vltimamente aunque ay varias disputas, sobre si lo dispuesto en las clausulas antecedentes, se ha de juzgar repetido en las subsequentes: la verdadera resolucion es, que quando la repeticion contradize al derecho comun, nunca se da lugar a ella. Molina *de primo genijs lib.3.cap.5.num.*57. Castilo *lib.2.controuers cap* 4 *n.* 37. & 38. Vincentio Fussario *de substitutionib cap.*403.*num.* 4. Y ya queda exactissimamente ajustado, que la prelacion de los parientes quadra al derecho comum, y la esclusion le repugna: mayormente en nuestro caso, en que el Fundador les mostrò tanto amor y dileccion; pues para el Patronazgo destas Capellanias, llamò y prefiriò a sus deudos, y en especial a los decendientes de Rodrigo Alonso Hidalgo su abuelo, de quien es quarto nieto Don Gonçalo, y fuera cosa incibil, y contra razon de derecho, no preferir en las Capellanias, a quien prefiriò en el Patronazgo; ex deductis à Castillo *lib.2.dicto cap.*26.*num.*44.

La quinta objeccion es, que en este Tribunal ha sucedido ya el caso de oponerse a vna de las Capellanias vn estraño, presentado por el Patrono, y algunos deudos del Fundador sin presentacion, y vencer el estraño, dandosé sentencia en su fauor: de que se ha producido cierto testimonio. Respondese tripliciter, primo, que este instrumento no prueba el assumpto, y de su tenor no se puede reconocer, si el q̃ obtuuo era estraño. Segundo, que en aquella contingencia no se daria a entender la justicia de los parientes, como en esta ocasion. Tercero, porque no se ha de juzgar por exemplos, sino por leyes, *l. nemo, C. de sententijs, & interlocutionibus.*

Estas son las obiecciones, que de contrario se han puesto, y la debilidad que contienen, ellas mismas la significan, mas

en gra-

en gracia de la verdad. Y porque al paso, que mas dificultades, se le oponē; mayor esplendor tiene, excitare contra mi dos fundamentos, que merecen nombre de tales, el primero que *A te pero marite*, que es el texto capital, y expresso por los parientes, y todo lo ponderado en el sentido segundo, procede quando la disiuntiua se pone entre personas en quien cae ordē de afeccion, y charidad, veluti entre hijos, nietos, varones, hembras, consanguineos, proximos, y remotos del mismo instituydor; ò de aquel aquien dexa el derecho de eligir, porque en tal caso no puede hazer eleccion entre muchos llamados alternatiuamente; de los llamados en el segundo lugar, sino es faltando los llamados en el primero, vt eleganter explicat Iacobus Cancerius, *lib. 1. variar. cap. 1. num. 112. cum seqq.* Y como quiera que entre parientes, y estraños, como en nuestra contingencia, no puede auer afeccion ordenada, parece seguirse que podra el Patrono, omitiendo al deudo del fundador, presentar al estraño, q̃ esta en el segundo llamamiēto. Respondese peremptoriamente q̃ aunque la doctrina de Cancerio, es cierta y verdadera, y los DD. la siguen comunmēte, Molina *lib. 2. c. 11. n. 36.* no resulta della q̃ no puede auer otro caso en q̃ la disiunctiua, ò alternatiua obligue à eligir à los primeros llamados, sino es quãdo datur ordo affectionis, & charitatis, porq̃ tābien ay otro, q̃ es el nuestro, veluti quando el llamamiento alternatiuo, ò disiunctiuo cae entre personas en quiē se halla diuersa razon, y qualidad, aunque no se halle afeccion ordenada; porque en tales terminos siendo diferente la qualidad de la persona nombrada en la segunda parte de la alternatiua, de la que esta nombrada en la primera parte, es la alternatiua de orden, y no de eleccion, y ha de ser preferido el llamado, y nombrado en la primera parte. Ita singulariter docet Don Iuan del Castillo, *lib. 2. controuers. dict. cap. 26. videndus ex num. 32. & à num. 45. cum seqq vsque ad 53. inclusiue vbi multis Iuribus adductis adamussim rem explicat.* Y respecto de que en las personas puestas en la primera, y en la segunda parte de nuestra alternatiua, notoriamente reside diuersa qualidad, porque las primeras son consanguineas del fundador, y como tales llamados; y los segundos estraños, viene a ser precissa ilacion en sentencia de Don Iuan del Castillo, que la alternatiua es de orden, no de eleccion, como queda fundado en el sentido segundo.

Mi segundo fundamento es, que aquellas palabras *de mi linaje, ò no*, parece ser contradictorias, sin que admitan medio, porque la primera parte *de mi linaje*, llama parientes. La segunda,

ò no,

ò no, llama estraños: y assi en todo sucesso asseguran la facultad del Patrono, para que pueda a su aduitrio hazer eleccion, o de vnos, o de otros. Apoyase este sentir con vn celebre texto, a quien no he visto ponderado por ningun Doctor para el intento, *in l. Iulianus verum debitorum 60. §. similem ff. de conditione in debiti vbi probatur.* Que vno prometiò a otro (puta decem) ora venga la naue de Asia, ora no, antes que viniesse se los pagò. Dudose si por la condicion indebiti los podia repetir. Respondiò el Consulto, que no, fundandose en que la promessa en todo sucesso auia de subsistir. Y los ordinarios alli, como son Bart *num.* 34. Baldo *num.* 2. Iasson *num.* 4. y Antonio Fabro *in rationalibus super hanc leg tom. 3. pagina mihi* 428. *lit. B.* enseñã, que aquellas palabras, venga la naue de Asia, ò no, incluyen contradictoria. Ergo eodem modo, aquellas palabras *nombre Capellanes de mi linaje, ò no* son entresi contrarias, y las vltimas derogã a las primeras, *l. pacta nouissima C. de pactis*, Menochius, *de præsumptionibus lib. 3. presſ.* 134. *nu.* 20. Respondese, que entre el vn caso, y el otro, ay notoria disparidad, porque en el de la promessa, las palabras y mente del que prometio, fueron de obligarse en todo sucesso, viniesse la naue de Asia, ò no; y la deliberaciõ que tuuò la misma contradictoria lo mostrò: como obseruan los Doctores citados, y el mismo Consulto lo explicò. ibi: *Quia ex vna causa alterutrius solutionis origo proficiscitur.* Mas en nuestra ocurrencia, aquellas palabras, *de mi linaje, ò no,* no son contrarias, sino diuersas, subsidiarias, sucessiuas, y augmentatiuas, y lo que obran, no es contradezirse el testador, ni corregirse incontinenti (como se corrigiera en vna misma clausula, y en vna misma estructura de palabras, pronunciadas con vn mismo impetu, sin dar acto intermedio, *contra regulã text. in l. non ad ea, ff. de cõdit. & demõstrat.*) sino designar ordenada, y succesiuamẽte las personas, que auian de ser presentadas; pues la experiencia muestra cada dia, que familias muy numerosas se acaban, y extinguen; de que ha procedido vna question bien reñida, de si en tal caso, faltando todos los parientes, espira el derecho del Patronazgo, vt videre est apud Bibian. *de iure patronatus, 1. par. lib. 4. cap. 9. per totum.* Paul. Duran, *deciss.* 285. Y para se dar esta discordia, y preuenir tal inconueniẽte, nuestro Fundador, como I C. puso aquellas palabras, *de mi linaje, o no,* significãdo en ellas que queria fuesse su disposicion perpetua, y no defectible, en caso, que no se hallasse ningun propinquo suyo, y subalternando los estraños a los parientes despues dellos, y no antes; porque essa es la naturaleza de la disiunctiua en algunas ocasiones,

como

como admirablemente enseñò Baldo *in dicta l. Iulianus verum debitorem, §. similem*, en la 2. lectura antigua, ibi. *Aliquando impor tat necessitudinem, vt quādo ponitur inter terminos tales quod opor tet, quod vnus subalternetur alteri, idest, quod habeant semper modum, vnus post alterum*, que son palabras ajustadas à nuestra controuersia, en la qual ninguno puede negar, que assi en disposicion de derecho, como en mente del testador, conuiene que el pariēte preceda, y que en su defecto se siga el estraño, segun el orden de la letra. Es famoso texto la *l. quoties 34. ff. de vsufructu.* ibi. *Quoties duobus vsusfructus legatur, itaut alternis annis vtantur, fruantur, siquidem ita legatus fu erit Titio, & Meuio, potest dici priori Titio, deinde Meuio legatum datum.* Con que la justicia de D. Gonçalo queda clara como la luz del dia, y ineuitablemente resuelto, que aquellas palabras *de mi linaje, ò no*, de ninguna manera son contrarias, sino diuersas, y que incluyen llamamientos sucessiuos vno despues de otro. Primeramente los parientes, y en defecto suyo los estraños; porque a ser entre si contradictorias se dissoluiera la fuerça de la clausula, y ninguno tuuiera llamamiento: celebre texto *la ley, si Titius 16. ff. de conditionibus institutionum, l. vbi repugnantia 148. ff. de regulis iuris.* ibi. *Vbi repugnantia inter se in testamento inuenirentur neutrū ratum est.* Y alli Philippo Decio, y Maynerio. Y si esto huuiera lugar, mediante la pretensa contradicion, ni deudos, ni estraños estuuieran llamados, y el derecho comun prefiriera indubitablemente a los parientes, como queda fundado.

OPOSITORES CONTRARIOS.

IVAN de Alcoua, vno dellos, no tiene mas que onze años, conforme al testimonio de su edad, y como tal es incapaz de Beneficio, segun la disposicion del Sacro Concilio Tridētino *in cap. 6. Sess. 23 de Reformat.* que pide catorze años, y en nuestra fundacion, no ay clausula, que se contente con menos; ad tradita per Barbosam *in Collectanea ad dictum textum Concilij n. 7. & de Episcopo 3 par. allegat. 60 n. 77.* Campanilium *Rubrica 7. cap. 7. num. 2.* Risciùm *deciss 860 vers nunc limita* Narbonam *de atate anno 14. quast. 54. per totam.*

Don Benito de Robles Almagro, el mismo se ha excluydo, porque se ha tratado de casar, y nunca ha sido Eclesiastico, ni dedicadose a los estudios. Y en esta consideracion no ha hecho probança de parentesco, y tiene desamparada la causa.

Don Pedro, y Don Diego Fernandez de Argote hermanos, aunque pretendē ser deudos del Fundador, en grado conocido,

obsta a su pretension vn impedimento legitimo, que consiste en ser Capellanes de essotras dos Capellanias, que instituyò nuestro testador, y estan en su actual seruicio, y possession, y en consequencia inhabiles para obtener esta tercera, de cuya erecciõ, y collacion se trata, por dos razones inuencibles.

La primera, porque estas tres Capellanias, por manifiesta disposicion del Fundador, han de tener tres Capellanes, cada vna el suyo, como parece de la Clausula, que esta puesta al principio desta Alegacion, que comiença *quiero y es mi voluntad, &c.* En la qual se haze mencion de las dos Capellanias con efecto fundadas por el testador, y manda que vacando por los dos Capellanes que el mismo nombra, el Patrono nombre *Capellanes, &c.* Conque expressamente dispone que los Capellanes seã dos. Y despues en otra clausula de que al principio deste papel se hizo mencion, dize el testador que nombra al Lic. Iuan de Oblanca su primo por Patrono de las dichas dos Capellanias, y de la que se ha de fundar de los bienes que dexa en vsufructo a Ana de Iesus Maria, su hija. Conque por euidencia se reconoce, que le da facultad para nombrar Capellan para esta vltima Capellania, de que se sigue por legitima consequencia, que quiso fuessen los Capellanes tres, como lo son las Capellanias, y este sentido es literal, y se ofendiera irreparablemente, si qualquiera de estos dos hermanos fuera capaz de esta vltima Capellania, pues siendo ellas tres, no vinieran los Capellanes a ser mas que dos. Y esto se haze mas notorio con otra clausula del testamento, en que dispuso el testador, que si Martin de Flores Villafranca, aquien llamò por Capellan de vna de las dichas dos Capellanias, quisiesse eligir esta sobre que se litiga despues de erigida y fundada, por parecerle mejor, lo pudiese hazer, conque dexase la que tenia, para que entrase otro Capellan en ella, con que euidentissimamente demostrò que era su voluntad huuiesse tres Capellanes.

La segunda razon es, porque nuestro testador, mandò que todas estas tres Capellanias se siruiessen en la Capilla de San Ioseph, constructa en la Iglesia del Conuento de Monjas de Santa Clara de la Ciudad de Bujalanze, y sub eodem tecto ninguno puede tener dos Capellanias, *text. in cap. 2. de consuetudine in sexto.* Lara, *de capellanijs lib. 2. cap. 7. num.* 11. mayormente en nuestro caso, en que esta probada la suficiencia de la renta de cada Capellania, para la congrua sustentacion de cada Capellan. Y porque esta materia es difusa en especial despues del capitulo 17. del Sacro Concilio Tridentino *en la sesion* 24. *de reformation.*

Remito

Remito a v.md al Doctor Barbossa, en la Colectanea sobre este capitulo, desde el *num.4.praecipue, en el num.*13 14.15.*y* 16. en que expressamente resuelue nuestro caso, y concluye, que sin dispésacion Apostolica, ò del Señor Obispo, mouido de justas causas, ninguno puede obtener dos Capellanias, sub eodem tecto. Conque queda dada a entender in omnibus, & per omnia la justificacion del intento de Don Gonçalo, sed iam riuos claudamus, sat pratabiberunt, sperantes pro nostro clientulo calculum ferendum fore. Salua in omnibus D. V. acriori censsura.

Licenciado Don Martin de Orellana
Canonigo Doctoral de la S. Iglesia de Cordoua.